



RAPPORT DE Mme MAITRAL, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDARE

Arrêt n° 1212 du 27 novembre 2024 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-11.720

Décision attaquée : Cour d'appel de Reims du 14 décembre 2022

M. [F] [G]

C/

**la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel
(CRCAM) de Champagne Bourgogne**

**Le présent rapport comporte une proposition de rejet non spécialement motivé
du deuxième moyen.**

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [G], engagé en qualité d'agent d'opérations rapides par la Caisse régionale du crédit agricole mutuel de Champagne Bourgogne le 1^{er} juillet 2001, occupait en dernier lieu les fonctions de chargé en gestion de patrimoine.

Licencié pour faute le 9 octobre 2020 après réunion du conseil de discipline le 1^{er} octobre 2020, il a saisi la juridiction prud'homale afin de contester son licenciement.

Par jugement du 10 décembre 2021, le conseil de prud'hommes de Troyes a dit le licenciement bien fondé et débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 14 décembre 2022, la cour d'appel de Reims a confirmé le jugement en ce qu'il a dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse et, y ajoutant, débouté le salarié de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement nul, subsidiairement dénué de cause réelle et sérieuse, en indemnisation du préjudice subi du fait de la privation des avantages accordés aux salariés du groupe Crédit Agricole, en réparation de son préjudice moral, en paiement, à titre infiniment subsidiaire, d'une indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement.

Le salarié a formé un **pourvoi le 6 février 2023** et déposé un **mémoire ampliatif le 6 juin 2023** (article 700 CPC : 4 000 euros).

L'employeur a déposé un **mémoire en défense le 1^{er} août 2023** (article 700 CPC : 3 500 euros) et un mémoire complémentaire le 8 novembre 2023.

La procédure paraît régulière en la forme et en l'état d'être jugée.

2 - Proposition de rejets non spécialement motivés

Sur le deuxième moyen, pris en ses première et deuxième branches

Le salarié fait grief à l'arrêt de confirmer le licenciement prononcé pour cause réelle et sérieuse et de le débouter de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, en indemnisation du préjudice subi du fait de la privation des avantages accordés aux salariés du groupe Crédit agricole et en réparation de son préjudice moral, alors :

« 1°/ qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance ; que le délai de prescription ne court à compter du jour où l'employeur a eu une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés aux salariés qu'à la condition que des vérifications approfondies ou la mise en œuvre d'une enquête soient nécessaires à la découverte des faits litigieux ; que pour écarter l'exception de prescription des faits fautifs invoquée par M. [G], l'arrêt retient, par motifs adoptés des premiers juges, que " le service audit a été chargé dans un premier temps de vérifier les informations de Mme [Y] et notamment les connexions à son compte par M. [G], puis dans un deuxième temps d'entendre l'intéressé le 1^{er} septembre 2020 " et que " les informations parvenues à l'employeur les 4 et 29 juillet 2020 nécessitaient au préalable d'être vérifiées ", ce dont elle a déduit que " l'importance et la gravité des faits reprochés n'[ont] été réellement connu[es] qu'avec le rapport d'audit de fin août " ; qu'en statuant ainsi, sans expliquer en quoi, au regard des faits déjà portés à la connaissance de l'employeur dès le 4 juillet 2020, il était nécessaire de réaliser une enquête et de recevoir le salarié au cours d'un entretien particulier pour avoir une connaissance exacte de la nature et de l'ampleur des faits reprochés à l'intéressé et invoqués dans la lettre de licenciement, la cour

d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du code du travail ;

2°/ qu'en s'abstenant de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'employeur n'avait pas tardé à mettre en œuvre la procédure d'audit sur le fondement de laquelle il avait ensuite engagé la procédure disciplinaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1332-4 du code du travail ».

Les première et deuxième branches ne sont pas fondées.

Par motifs adoptés, la cour d'appel a relevé que l'employeur avait été destinataire, le 4 juillet 2020, d'une lettre de plainte d'une cliente de l'agence aux termes de laquelle elle reprochait au salarié une surveillance de ses comptes bancaires, ainsi qu'une violation du secret professionnel, puis, le 29 juillet 2020, d'une lettre, accompagnée de la plainte qu'elle avait déposée le 21 juillet précédent à la gendarmerie pour harcèlement, dans laquelle elle indiquait qu'elle envisageait de changer de banque (jugement p. 4 § 4). Ayant ainsi fait ressortir que l'employeur n'avait été destinataire, à ces dates, que de simples déclarations de la cliente, la cour d'appel, qui a relevé que le service audit avait été chargé de vérifier les informations données par la cliente en examinant notamment les connexions du salarié sur le compte de cette dernière (jugement p. 4 § 4), a implicitement mais nécessairement admis que des vérifications étaient rendues nécessaires. En retenant enfin que les informations parvenues à l'employeur nécessitaient au préalable d'être vérifiées (jugement p. 4 § 4), la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision (**1^{ère} branche**).

Ayant constaté que l'employeur avait eu une connaissance exhaustive des éléments apportés par la cliente le 29 juillet 2020 et que l'importance et la gravité des faits reprochés n'avaient réellement été connues qu'avec le rapport d'audit fin août 2020 (jugement p. 4 § 4), la cour d'appel a fait ressortir que l'employeur avait sollicité un audit avant écoulement du délai de prescription de sorte qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir réagi tardivement aux faits dénoncés. La cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision (**2^{ème} branche**).

Il sera rappelé qu'aux termes de l'article L. 1332-4 du code du travail, « *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l'exercice de poursuites pénales* ».

L'engagement des poursuites disciplinaires au sens de ce texte s'entend, en principe, de la convocation à l'entretien préalable lorsque celui-ci est obligatoire. C'est donc à cette date qu'il convient de se référer pour apprécier si le délai est ou non expiré (Soc., 17 décembre 1987, pourvoi n° 86-42.040, Bull. 1987, V, n° 741 ; Soc., 17 octobre 2018, pourvoi n° 16-28.773).

Le point de départ du délai pour l'engagement de ces poursuites est la date de la connaissance des faits reprochés par l'employeur qui correspond à la date à laquelle il a eu une connaissance exacte de leur réalité, de leur nature et de leur ampleur (Soc., 17 février 1993, pourvoi n° 88-45.539, Bull. 1993, V, n° 55 ; Soc., 7 novembre

2006, pourvoi n° 04-47.683, Bull. 2006, V, n° 325 ; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-70.902, Bull. 2011, V, n° 172 ; Soc 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.604).

Si les faits ont été commis plus de deux mois avant l'engagement des poursuites disciplinaires et que la prescription des faits fautifs est opposée par le salarié, il appartient à l'employeur de rapporter la preuve qu'il n'en a eu connaissance que dans les deux mois ayant précédé l'engagement des poursuites (Soc., 24 mars 1988, pourvoi n° 86-41.600, Bull. 1988, V, n° 203 ; Soc., 27 septembre 2011, pourvois n° 10-30.225 et 10-30.226 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-20.502 ; Soc., 17 mai 2023, pourvoi n° 21-23.247).

En cas d'enquête ordonnée par l'employeur sur les faits, le jour de ses résultats constitue le point de départ du délai de deux mois (Soc., 10 juillet 2001, pourvoi n° 98-46.180, Bull. 2001, V, n° 252 ; Soc., 16 mars 2010, pourvoi n° 08.44.523 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-24.420).

Toutefois, un acte qui aurait pour seul objet d'entendre les explications du salarié lorsque l'employeur disposait de tous les éléments lui permettant d'avoir une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés plus de deux mois avant cet acte, ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription à la date de l'entretien (Soc., 13 février 2019, pourvoi n° 17-21.514).

Si les juges du fond n'ont pas recherché, alors qu'ils y étaient invités, la date à laquelle l'employeur a eu cette connaissance exacte des faits, leur décision sera censurée pour défaut de base légale (Soc., 31 mars 2010, pourvoi n° 08-43.729 ; Soc., 7 novembre 2018, pourvoi n° 17-14.300 ; Soc., 13 novembre 2019, pourvoi n° 18-16.652 ; Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-10.604). Néanmoins, lorsqu'ils ont procédé à cette recherche, les juges du fond apprécient souverainement cette date (Soc., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-14.365 ; Soc., 20 juin 2018, pourvoi n° 16-21.811 ; Soc., 27 mai 2020, pourvoi n° 18-22.943). Notre chambre contrôle néanmoins qu'ils ont suffisamment motivé leur décision (Soc., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-41.443 ; Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-43.606) et elle contrôle les déductions qu'ils tirent de leurs constatations souveraines (Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-44.071 ; Soc., 7 décembre 2016, pourvoi n° 15-24.420 ; Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-31.338 ; Soc 8 décembre 2021, n° 20-15.622).

Sur le deuxième moyen, pris en sa troisième branche

Le salarié formule le même grief, alors « ***que M. [G] - qui demandait à ce que le rapport d'audit soit écarté des débats - faisait expressément valoir que "le pseudo rapport d'audit produit en pièce n° 15 ne satisfait à aucune des exigences probatoires en ce domaine d'autant qu'il ne comporte aucune annexe relative à la traçabilité de ces connexions, à la collecte des informations et à la nature des messages produits, et n'est même pas signé de leurs auteurs" et que "le salarié a été tenu à l'écart de ces investigations qui n'ont pas été opérées de manière contradictoire, ni à l'aide de garanties qui aurait pu être conférées par l'intervention de tiers indépendants que sont les huissiers, ni du secours des experts, dans le respect des règles de déontologie" ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen des conclusions du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile*** ».

La troisième branche, qui manque en fait, n'est en tout état de cause pas fondée.

A hauteur d'appel, le salarié faisait valoir que :

« Le rapport d'audit, effectué par des personnes en lien de subordination avec la caisse régionale, s'est affranchi de toutes les règles de précaution concernant la garantie de la collecte et du stockage des éléments relatifs aux connexions informatiques et aux messages téléphoniques à caractère privé.

Le pseudo rapport d'audit produit en pièce n° 15 ne satisfait à aucune des exigences probatoires en ce domaine d'autant qu'il ne comporte aucune annexe relative à la traçabilité de ces connexions, à la collecte des informations et à la nature des messages produits, et n'est même pas signé de leurs auteurs. (Pièce adverse 15)

Par ailleurs, le salarié a été tenu à l'écart de ces investigations qui n'ont pas été opérées de manière contradictoire, ni à l'aide de garanties qui aurait pu être conférées par l'intervention de tiers indépendants que sont les huissiers, ni du secours des experts, dans le respect des règles de déontologie » (conclusions p. 17 et 18).

Il en déduisait que le rapport d'audit constituait un mode de preuve illicite (conclusions d'appel p. 18). Or, répondant à ces conclusions, la cour d'appel a relevé, d'une part, qu'il n'existait aucune atteinte à la vie privée, le rapporteur s'étant contenté de rechercher le nombre de connexions à des comptes dont la gestion n'était pas confiée au salarié et le nombre d'appels téléphoniques vers le numéro de la cliente plaignante sans divulguer la teneur des messages ou échanges (jugement p. 4 § 6) et, d'autre part, que, si la personne qui a réalisé le rapport était responsable d'audit interne de l'employeur et qu'il était directement rattaché au directeur général de l'entreprise, rien ne permettait de mettre en doute son objectivité et son intégrité d'autant que l'entreprise, qui reconnaissait la compétence du salarié, n'avait aucun intérêt à se séparer de lui (jugement p. 4 dernier §). Elle en a déduit, après avoir relevé que le salarié avait été régulièrement informé de l'existence de ce mode de contrôle (jugement p. 5 § 2), que le moyen de preuve était recevable et ne constituait pas un mode de preuve illicite.

Pour autant, contrairement à ce que soutient la troisième branche, le salarié ne déduisait nullement de cette argumentation que le rapport d'audit devait être écarté des débats. A ce titre, le grief manque en fait.

En tout état de cause, sous le couvert d'un grief de défaut de motivation, la troisième branche ne tend qu'à remettre en cause devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la valeur et de la portée des éléments de preuve, et notamment du rapport d'audit, soumis à son examen. Le grief n'est donc pas fondé.

Sur le deuxième moyen, pris en sa quatrième branche

Le salarié fait le même grief, alors ***« que l'arrêt constate que l'article 18 du règlement intérieur n'interdit pas formellement toute communication téléphonique personnelle et que la convention d'utilisation des smartphones professionnels signés par M. [G] prévoit que "ce matériel est réservé à un usage professionnel pendant les horaires habituels de travail" ; qu'il en résulte***

que les communications téléphoniques personnelles en dehors des horaires de travail ne constituent pas, en soi, un manquement du salarié à ses obligations professionnelles ; qu'à cet égard, M. [G] soutenait qu'il exerçait son activité professionnelle dans le cadre d'une convention individuelle de forfait en jours et qu'il bénéficiait ainsi d'une totale autonomie dans la gestion et l'organisation de son temps de travail, de sorte que l'employeur ne pouvait lui reprocher des communications téléphoniques personnelles pendant l'horaire collectif de travail auquel il n'était pas soumis ; qu'en laissant également sans réponse ce moyen des écritures du salarié, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ».

La cour d'appel a d'abord constaté que l'article 18 du règlement intérieur mentionnait que « les communications téléphoniques personnelles [devaient] être limitées au strict minimum » et que « tout abus [serait] passible de sanctions » (jugement p. 6 § 1). Elle a ensuite relevé que l'article 24 de ce même règlement précisait que « l'utilisation [...] du téléphone [était] exclusivement réservé[e] à un usage relevant de l'activité professionnelle des agents » (jugement p. 6 § 1). Elle a encore constaté que la cliente plaignante ne relevait pas du portefeuille confié au salarié (jugement p. 6 dernier §, arrêt p. 5 avant-dernier §). En retenant enfin que le salarié n'avait pas respecté le règlement intérieur (jugement p. 6 § 3 et arrêt p. 6 dernier §), la cour d'appel a implicitement mais nécessairement retenu que le salarié avait abusivement utilisé de son téléphone professionnel à des fins personnelles.

En l'état de ces constatations qui rendaient inopérantes les conclusions prétendument délaissées, la cour d'appel en a déduit que le comportement du salarié présentait un caractère fautif.

Sur le deuxième moyen, pris en sa cinquième branche

Le salarié formule le même grief, alors « *que, pour dire que les connexions sur le compte de Mme [Y] avaient été réalisées à son insu, l'arrêt retient que "pour la période de novembre 2018 à mai 2019, M. [G] vivait une relation amoureuse avec Mme [N] et non avec Mme [Y]" ; qu'en statuant ainsi, sans préciser l'origine de cette prétendue constatation de faits, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ».*

La cour d'appel a relevé que la plaignante ne faisait pas partie du portefeuille de clients du salarié (jugement p. 6 dernier § et arrêt p. 5 avant-dernier §) et retenu que, quand bien même ce dernier disposait de ses codes et de son autorisation d'accéder à ses comptes, il ne pouvait se servir des outils et des moyens de son employeur pour retrouver son adresse ou pour tout autre motif (jugement p. 6 dernier § et p. 7 § 1).

Dès lors, la cinquième branche, qui reproche à la cour d'appel d'avoir retenu que le salarié entretenait une relation amoureuse non avec la plaignante mais avec une tierce personne, est parfaitement inopérante.

Sur le deuxième moyen, pris en sa sixième branche

Le salarié formule le même grief, alors *« qu'en affirmant que les connexions sur le compte de Mme [Y] avaient été réalisées à son insu, **sans examiner le procès-verbal de constat d'huissier versé aux débats par M. [G] en date du 17 septembre 2020 constatant que, le 29 juin 2019, Mme [Y] admettait explicitement que lesdites connexions avaient été réalisées à sa demande, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.** »*

La sixième branche n'est pas fondée.

Sous le couvert d'un grief disciplinaire, la sixième branche ne tend qu'à remettre en cause devant la Cour de cassation l'appréciation souveraine par la cour d'appel de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis à son examen pour estimer le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, les juges du fond n'étant pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de s'expliquer sur les pièces qu'ils décidaient d'écarter.

3 - Analyse succincte des moyens

Dans un premier moyen articulant trois branches, le salarié fait grief à l'arrêt de confirmer le licenciement prononcé pour cause réelle et sérieuse et de le débouter de ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, en indemnisation du préjudice subi du fait de la privation des avantages accordés aux salariés du groupe Crédit agricole et en réparation de son préjudice moral, alors :

*« 1°/ que lorsqu'elle a pour effet de priver le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense ou est susceptible d'avoir exercé une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur, **l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle constitue la violation d'une garantie de fond privant le congédiement ultérieurement prononcé de cause réelle et sérieuse** ; que, pour débouter M. [G] de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse, **l'arrêt retient que le salarié disposait d'une synthèse établie par l'employeur reprenant l'ensemble des éléments rapportés par les auditeurs dans le rapport, à savoir le nombre de connexions réalisées par M. [G] sur le compte personnel d'une cliente, le nombre de fois où le salarié a pu appeler cette même cliente depuis son téléphone professionnel portable et la période concernée et que " en dépit du défaut effectif de communication par l'employeur du rapport d'audit, en sa version originale, chaque personne, présente à cette commission, a pu discuter des faits qui étaient reprochés au salarié, suffisamment précisés pour permettre l'engagement d'une véritable discussion, comme en atteste la mention du nom de chaque participant, en ce compris celui du salarié et du représentant du personnel qu'il assistait, dans ce compte-rendu "** ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'elle constatait que le rapport d'audit sur le fondement duquel l'employeur avait engagé la procédure disciplinaire n'avait été communiqué ni à M. [G] ni aux membres du conseil de discipline, ce dont il résultait que, nonobstant la délivrance d'une note de synthèse, **le salarié et le conseil de discipline n'avaient***

pu discuter ni des modalités de traçage des connexions et des appels, et notamment de la fiabilité du procédé utilisé pour les relever, ni de la temporalité et de la fréquence exacte de ces connexions, que l'intéressé contestait fermement, ce qui avait privé ce dernier de la possibilité d'assurer utilement sa défense, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987, modifiée par l'accord du 18 juillet 2002 ;

2°/ qu'en retenant que « la mention du nom de chaque participant, en ce compris celui du salarié et du représentant du personnel qu'il assistait, dans ce compte-rendu » permettait de tenir pour acquis le fait « qu'en dépit du défaut effectif de communication par l'employeur du rapport d'audit, en sa version originale, chaque personne, présente à cette commission, a pu discuter des faits qui étaient reprochés au salarié, suffisamment précisés pour permettre l'engagement d'une véritable discussion », la cour d'appel a statué par un motif inopérant et privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987, modifiée par l'accord du 18 juillet 2002 ;

3°/ qu'en statuant ainsi, cependant que la **synthèse** établie par l'employeur reprenant l'ensemble des éléments rapportés par les auditeurs dans le rapport - à savoir essentiellement d'avoir consulté abusivement les comptes d'une cliente et d'avoir utilisé abusivement son téléphone portable professionnel pour l'appeler - **ne précisait pas que la cliente en question, Mme [Y], était, à l'époque des faits reprochés, sa compagne dans la vie privée, ce qui était de nature à exercer une influence sur la décision du conseil de discipline - dont deux seulement de ses quatre membres s'étaient prononcés en faveur d'un licenciement - et, partant, sur celle de l'employeur**, la cour d'appel a violé les articles L. 1232-1 et L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987, modifiée par l'accord du 18 juillet 2002. »

Dans un troisième moyen, articulant une unique branche, il fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande en paiement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement, alors « que lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ; que selon l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987 modifiée par l'accord du 18 juillet 2002 relatif au conseil de discipline, "le conseil de discipline est chargé de formuler un avis sur les sanctions à donner aux fautes professionnelles susceptibles d'entraîner la rétrogradation ou le licenciement du personnel titulaire. L'agent recevra communication de son dossier au moins huit jours à l'avance et pourra se faire assister d'un salarié de la caisse régionale choisi par lui. Les membres du conseil de discipline auront, dans les mêmes délais, communication du dossier" ; que, pour débouter M. [G] de sa demande en paiement d'une indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement, l'arrêt retient que "dès lors qu'il n'a pas été privé de droits de sa défense devant la commission de discipline, bien que l'employeur n'ait pas

communiqué le rapport d'audit, sur son support manuscrit, mais que le document transmis à la commission de discipline a permis une véritable discussion des griefs formés à l'encontre du salarié, [F] [G] prétend vainement au bénéfice de dommages-intérêts sur le fondement d'une irrégularité de la procédure" ; qu'en se déterminant ainsi par un motif inopérant tiré de l'absence de privation des droits de la défense et sans rechercher si l'irrégularité de la procédure constatée - résultant de communication du dossier à M. [G] et aux membres du conseil de discipline au moins huit jours à l'avance - n'avait pas causé au salarié un préjudice autre que celui né de cette privation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1235-2 du code du travail, ensemble l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987, modifiée par l'accord du 18 juillet 2002. »

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Conséquence de l'irrégularité commise dans le cadre de la procédure disciplinaire conventionnelle, prévue par l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987 modifiée par l'accord du 18 juillet 2002, relative aux modalités de communication du dossier au salarié préalablement à sa convocation devant le conseil de discipline.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Sur le premier moyen

→ La procédure disciplinaire de licenciement peut être renforcée par les conventions collectives ou par le règlement intérieur.

Par un arrêt de principe du 23 mars 1999, la chambre sociale a jugé que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une convention collective ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement disciplinaire envisagé par l'employeur, constitue une garantie de fond, en sorte que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté prive le licenciement de cause réelle et sérieuse (Soc., 23 mars 1999, pourvoi n° 97-40.412, Bull. 1999, V, n° 134 ; Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-44.376, Bull. 2005, V, n° 193 ; Soc., 22 octobre 2008, pourvoi n° 06-46.215, Bull. 2008, V, n° 198). Cette jurisprudence a été consacrée par l'Assemblée plénière (Ass. plén., 5 mars 2010, pourvois n° 08-42.843 et n° 08-42.844, Bull. 2010, Ass plén, n° 1).

Il en était parfois de même lorsque l'avis avait été rendu selon une procédure irrégulière (Soc., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-43.189, Bull. 2001, V, n° 9 ; Soc., 16 septembre 2008, pourvoi n° 07-41.532, Bull. 2008, V, n° 159 ; Soc., 16 janvier 2013,

pourvoi n° 11-22.584 ; Soc., 12 septembre 2018, pourvoi n° 16-26.853, Bull. 2018, V, n° 149)¹.

Toutefois, affinant sa jurisprudence, notre chambre a admis que, sous réserve que l'irrégularité n'ait pas pour effet de priver le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense, le non-respect de certaines formalités ne constitue pas une violation d'une garantie de fond mais seulement une irrégularité de forme. Tel est notamment le cas du non-respect d'un délai conventionnel de saisine d'un organe consultatif (Soc., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-43.202 ; Soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-14.542 ; Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-42.432, Bull. 2009, V, n° 142). De même, le non-respect du délai prescrit par l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole pour communication du dossier au salarié avant la réunion du conseil de discipline, qui n'a pas eu pour effet de priver le salarié de la faculté d'assurer utilement sa défense, ne constitue pas une garantie de fond (Soc., 14 novembre 2013, pourvoi n° 12-21.703).

N'entre toutefois pas dans le champ de ces irrégularités de forme la violation des règles conventionnelles qui confèrent aux salariés des garanties supplémentaires en limitant le pouvoir de l'employeur. A titre d'illustration, il est possible de citer la clause d'un règlement intérieur subordonnant le licenciement d'un salarié à l'existence de deux sanctions antérieures (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-14.104, Bull. 2011, V, n° 104 ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 18-22.204, publié ; Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-12.538, publié) ou une disposition conventionnelle obligeant l'employeur à choisir la sanction la moins sévère en cas de partage des voix entre les membres d'un conseil de discipline (Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-10.785, publié).

La distinction entre garantie conventionnelle de forme et garantie de fond s'est ainsi construite autour de deux critères : l'irrégularité touche à une garantie de fond lorsque la disposition conventionnelle, prévoyant la consultation d'un organisme, constitue une limitation aux pouvoirs de l'employeur ou lorsqu'elle assure une protection renforcée et effective des droits de la défense du salarié, incluant notamment les garanties conventionnelles assurant l'impartialité et la parité de la commission.

Dans un arrêt du 8 septembre 2021, notre chambre a apporté d'importants éléments de clarification sur cette distinction et sur le régime des sanctions applicables en cas de méconnaissance par l'employeur d'une procédure conventionnelle disciplinaire (Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° 19-15.039, publié) :

« Vu l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987 modifiée par l'accord du 18 juillet 2002 :

4. La consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement envisagé par un

¹ La doctrine avait émis de vives critiques sur ce point, dénonçant une tendance à « *substantialiser* » la procédure conventionnelle (L. Dauxerre, « Procédure disciplinaire conventionnelle : le défaut d'information d'une voie de recours rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse », *La Semaine juridique*, éd. social, n° 28, 10 juillet 2012, Actualités, n° 345, p. 8 ; C. Lefranc-Hamoniaux, *JCP* 2015, éd. G, Act., n° 404 ; J. Mouly, « Procédure disciplinaire conventionnelle et droits de la défense : les limites de la substantialisation », *Dr. Soc.* 2015, p. 467).

employeur constitue une garantie de fond, en sorte que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté ne peut avoir de cause réelle et sérieuse.

5. L'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle ou un règlement intérieur, est assimilée à la violation d'une garantie de fond et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'elle a privé le salarié de droits de sa défense ou lorsqu'elle est susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur.

6. Aux termes de l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987 modifiée par l'accord du 18 juillet 2002 relatif au conseil de discipline, le conseil de discipline est chargé de formuler un avis sur les sanctions à donner aux fautes professionnelles susceptibles d'entraîner la rétrogradation ou le licenciement du personnel titulaire. L'agent recevra communication de son dossier au moins huit jours à l'avance et pourra se faire assister d'un salarié de la caisse régionale choisi par lui. Les membres du conseil de discipline auront, dans les mêmes délais, communication du dossier.

7. Pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le terme "communication du dossier" signifie communication de l'entier dossier sur lequel l'employeur fonde ses poursuites disciplinaires, et non communication d'un seul élément dudit dossier, ceci afin de permettre aux membres du conseil de discipline d'appréhender de façon claire la situation qui leur est soumise et au salarié d'assurer sa défense utilement devant ce conseil de discipline chargé de donner un avis sur la mesure de licenciement envisagée par l'employeur. Il énonce que cette disposition conventionnelle, qui institue une protection des droits de la défense supérieure à celle prévue par la loi, constitue une garantie de fond. Il ajoute que la convocation du salarié devant le conseil de discipline ne comportait en pièce jointe que le rapport de synthèse établi par la direction de l'établissement bancaire à l'encontre du salarié, alors que le dossier disciplinaire comportait également les éléments d'enquête interne constitués par le rapport d'audit de contrôle périodique et ses annexes comportant la liste détaillée des opérations de ristournes analysées. Il précise qu'il est indifférent que les membres du conseil de discipline aient reçu le même dossier et que le salarié n'ait pas sollicité d'autres éléments que le rapport de synthèse détaillant les faits reprochés.

8. En se déterminant ainsi, sans rechercher si l'irrégularité constatée avait privé le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant le conseil de discipline, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

Cette solution a été reprise dans des arrêts postérieurs (Soc., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-16.260 ; Soc., 13 septembre 2023, pourvoi n° 21-25.830 ; Soc., 4 octobre 2023, pourvoi n° 22-15.976).

La chambre opère désormais une distinction entre la consultation de l'organisme chargé d'émettre un avis sur le licenciement d'un salarié, laquelle continue à constituer une garantie de fond, et la régularité de la procédure disciplinaire, laquelle peut être « assimilée » à une telle garantie. L'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire, prévue par une disposition conventionnelle ou un règlement intérieur, n'est assimilée à la violation d'une garantie de fond et ne rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse que lorsqu'elle a privé le salarié de droits de sa défense ou lorsqu'elle est susceptible d'avoir exercé en l'espèce une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur. Il n'existe donc aucune assimilation à une garantie de fond dans le cas d'irrégularités commises par l'employeur en matière de procédure disciplinaire conventionnelle, lorsqu'elles n'ont pas produit un tel effet.

L'arrêt du 8 septembre 2021 est d'autant plus important, dans notre cas, qu'il a été rendu en application de l'article 13 de la convention collective nationale du Crédit agricole du 4 novembre 1987 modifiée par l'accord du 18 juillet 2002, non étendu,

applicable en l'espèce, instituant un conseil de discipline chargé de formuler un avis sur les sanctions à donner aux fautes professionnelles susceptibles d'entraîner la rétrogradation ou le licenciement du personnel titulaire. Ce texte prévoit, d'une part, que l'agent, visé par la procédure disciplinaire, reçoit communication de son dossier au moins huit jours à l'avance et peut se faire assister d'un salarié de la caisse régionale choisi par lui et, d'autre part, que les membres du conseil de discipline ont, dans les mêmes délais, communication du dossier.

Il convient de relever que, dans l'arrêt du 8 septembre 2021, la censure est intervenue pour défaut de base légale de la décision rendue par la cour d'appel qui a dit le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, aux motifs que le salarié et les membres du conseil de discipline devaient recevoir communication de l'entier dossier comportant les éléments de l'enquête interne - constitués par le rapport d'audit de contrôle périodique et ses annexes comportant la liste détaillée des opérations de ristournes analysées - et non le rapport de synthèse établi par la direction de l'établissement bancaire, sans avoir recherché si l'irrégularité constatée avait privé le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant le conseil de discipline.

La Cour de cassation exerce donc un contrôle de la motivation des juges du fond.

→ Pour autant, la question se pose de savoir si la solution de l'arrêt du 8 septembre 2021, qui concerne un licenciement prononcé le 25 novembre 2013, est transposable à notre espèce. En effet, l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 a modifié l'article L. 1235-2 du code du travail aux termes duquel, à partir du 1^{er} janvier 2018, le cinquième alinéa dispose :

« Lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient sans que la procédure requise aux articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-4, L. 1233-11, L. 1233-12 et L. 1233-13 ait été observée ou sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire. »

L'article L. 1235-2, alinéa 5, du code du travail traite donc désormais l'irrégularité commise au cours de la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement comme une irrégularité ne remettant plus en cause la validité du licenciement mais ouvrant seulement droit à l'indemnité prévue pour les irrégularités de procédure pour un licenciement prononcé depuis le 18 décembre 2017, date d'entrée en vigueur de l'article L. 1235-2 modifié (Soc., 22 septembre 2021, pourvoi n° 19-21.605, publié).

Selon le rapport fait au président de la République, la modification introduite à cet article est intervenue afin que « les vices de forme ne l'emportent plus sur le fond ». Ce rapport précise :

« Un employeur ne pourra plus être condamné sur une erreur de forme alors que le fond n'est pas contestable. Les droits des salariés sont préservés et leur droit au recours garanti. Une erreur de forme pourra toujours être sanctionnée par une indemnité versée au salarié, laquelle pourra atteindre jusqu'à un mois de salaire, mais une telle erreur n'empêchera pas l'examen du fond du dossier comme aujourd'hui » (JO 23 septembre 2017 , n° 0223, texte n° 32).

Il est possible de s'interroger, à cette lecture, sur ce que recouvre les « *erreurs de forme* » évoquées. N'est-il pas possible de considérer qu'une garantie conventionnelle protégeant des droits fondamentaux des salariés, tels que ses droits de la défense, ne constitue pas une simple « *erreur de forme* » ?

→ La valeur primordiale des droits de la défense a été reconnue par la Cour de cassation dès 1828 : « *La défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre* » (Civ., 7 mai 1828, S. 1828. 1. 329). Ils trouvent leur source dans de nombreux textes en matière pénale, mais également en matière civile.

L'importance du principe des droits de la défense est ainsi soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui voit en lui une condition du procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Toutefois, notre chambre juge que le conseil de discipline, ayant un rôle purement consultatif, ne constitue pas un tribunal au sens de cet article de sorte que les dispositions de ce texte ne lui sont pas applicables (Soc., 6 avril 2022, pourvoi n° 19-25.244 et 19-25.994, publié, sommaire) :

« Le conseil de discipline ayant un rôle purement consultatif, ne constitue pas un tribunal au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que les dispositions de ce texte ne lui sont pas applicables. »

Il en résulte que si l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle ou un règlement intérieur est assimilée à la violation d'une garantie de fond et rend le licenciement sans cause réelle et sérieuse lorsqu'elle a privé le salarié des droits de sa défense ou lorsqu'elle est susceptible d'avoir exercé une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur, elle n'est pas de nature à entacher le licenciement de nullité. »

Pour autant, la valeur constitutionnelle des droits de la défense, principe de droit naturel, a été reconnue tant par la Cour de cassation en assemblée plénière (Ass. plén., 30 juin 1995, pourvoi n° 94-20.302, Bull. 1995, Ass. plén., n° 4) que par le Conseil constitutionnel (Décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976). Les droits de la défense sont, en effet, constitutionnellement garantis. L'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui dispose que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* », garantit les droits de la défense et le principe du contradictoire qui en est le corollaire (Décision n° 2021-981 QPC du 17 mars 2022, cons. 3). Les exigences relatives aux droits de la défense, que le Conseil constitutionnel tire également des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 (Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999) et de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle (Décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, cons.56 ; Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons.48). Sont garantis par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable,

ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition (Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 11 ; Décision n° 2010-38 QPC du 29 septembre 2010, cons. 3). Cette disposition implique donc notamment qu'aucune sanction ayant le caractère d'une punition ne peut être infligée à une personne sans que celle-ci ait été mise à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés, et le principe des droits de la défense s'impose aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence (Décision n° 2010-69 QPC du 26 novembre 2010, cons. 4). Le principe constitutionnel des droits de la défense en droit du travail s'impose donc en matière disciplinaire.

Plus spécifiquement, en matière de licenciement disciplinaire, il est possible de trouver consécration des droits de la défense du salarié dans les dispositions de l'article 7 de la convention n° 158 de l'organisation internationale du travail, lesquelles disposent qu'« *un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité.* »

→ Avant que la modification textuelle soit introduite à l'article L. 1235-2, alinéa 5, du code du travail, le professeur Tournaux indiquait² :

« Compte tenu du caractère fondamental des droits de la défense et de la nature des sources qui le portent, il n'est guère étonnant de les voir s'imposer quelle que soit l'origine de la garantie procédurale concernée : convention collective de travail, statut d'une entreprise publique, règlement intérieur, engagement unilatéral de l'employeur, etc. »

S'appuyant sur cette analyse, le professeur Mouly écrit dans un article postérieur à cette modification législative³ :

« On a généralement admis que le critère permettant d'assimiler la violation d'une procédure conventionnelle au non-respect d'une garantie de fond était celui de la protection des droits de la défense et, plus généralement, des droits fondamentaux du salarié. »

Toutefois, cet auteur s'interroge sur l'incidence des nouvelles dispositions de l'article L. 1235-2, alinéa 5, du code du travail, en ces termes :

« Il n'est même pas sûr que ce texte puisse permettre de maintenir la qualification de garantie de fond pour la consultation du conseil de discipline elle-même. Il n'est pas exclu que, avec le nouvel article L. 1235-2, la violation d'une procédure disciplinaire conventionnelle quelle qu'elle soit ne donne lieu qu'à l'octroi d'une indemnité d'un mois de salaire.

De toute façon, la nouvelle jurisprudence pourrait-elle perdurer qu'elle appellerait des précisions de la part de la Cour de cassation. Celle-ci devra par exemple déterminer si certaines règles telles celles sur la composition d'un conseil de discipline relèvent de la consultation de celui-ci ou du déroulement de la procédure. Elle devra également confirmer si elle entend laisser aux juges du fond un pouvoir souverain pour apprécier l'influence que l'irrégularité a pu avoir sur la décision de l'employeur (en ce sens, Soc. 22 sept. 2021, n° 19-12.538, RJS Lamy 2021, n° 530, p. 10, note Lhernould). »

² S. Tournaux, « Les garanties procédurales fondamentales », *Dr. soc.* 2015, p. 389.

³ J. Mouly, Répertoire de droit du travail, Droit disciplinaire, Procédure disciplinaire, n° 280, Octobre 2022 (actualisation octobre 2023).

Le professeur Fabre, questionnant la portée de l'arrêt du 8 septembre 2021 au regard de ce texte, écrit⁴ :

« Au-delà de sa portée immédiate, la présente solution soulève une difficulté plus redoutable encore : peut-elle être interprétée à l'aune des dispositions de l'article L. 1235-2 du Code du travail telles que modifiées par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 ? **Trois analyses sont possibles. La première, la plus prudente, revient à exclure tout parallèle. Les circonstances de l'espèce s'étant produites avant l'entrée en vigueur de la réforme, il est prématuré, et donc hasardeux, de tenter une mise en perspective.** La Cour de cassation n'ayant tendu aucune perche, l'arrêt doit rester dans l'espace-temps qui est le sien, celui du droit antérieur aux ordonnances. **En deuxième analyse, on pourrait soutenir que le resserrement qu'opère le présent arrêt ne fait qu'anticiper la modification introduite par l'ordonnance.** Rappelons que, selon les termes du cinquième et dernier alinéa de l'article L. 1235-2 du Code du travail, " lorsqu'une irrégularité a été commise au cours de la procédure, notamment si le licenciement d'un salarié intervient [...] sans que la procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement ait été respectée, mais pour une cause réelle et sérieuse, le juge accorde au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire ". **En isolant la violation des irrégularités procédurales de celle de la garantie de fond, la Cour de cassation coulerait dès maintenant sa jurisprudence dans le moule du nouveau texte.**

Cette analyse en appelle toutefois une **troisième**. À supposer que la solution ait été rendue en considération de la nouvelle disposition de l'article L. 1235-2 du Code du travail, plusieurs observations peuvent être faites. D'abord, l'expression « **procédure conventionnelle ou statutaire de consultation préalable au licenciement** » n'empêche pas la Cour de cassation de continuer à qualifier de garanties de fond, et à sanctionner comme telles, les protections qui ne résident pas dans la consultation d'un organisme : limitation des causes de licenciement, préalable de deux sanctions, indication des motifs dès la convocation, voire information des représentants du personnel. Ensuite, **même dans le cas d'une procédure conventionnelle ou statutaire imposant la consultation d'un organisme, il n'est pas certain que la solution rendue par la Cour de cassation soit condamnée à terme.** Ce n'est sans doute pas un hasard si l'arrêt retient l'hypothèse d'une « irrégularité commise dans le déroulement de la procédure ». La Cour de cassation a peut-être voulu coller à la formule du texte de loi, qui pointe en ouverture « l'irrégularité commise au cours de la procédure ». Si par la suite l'article évoque le non-respect de la procédure conventionnelle ou statutaire, ce pourrait être seulement pour donner un exemple (d'où le « notamment ») d'irrégularité commise au cours de la procédure. Ce qui, dès lors, **pourrait conduire à distinguer deux cas de figure. Celui, d'abord, où la consultation n'aurait pas eu lieu, le conseil ou la commission de discipline n'ayant pas été saisi ; comme l'on ne serait pas littéralement en présence d'une « irrégularité commise au cours de la procédure », cette dernière n'ayant tout simplement pas existé, on se trouverait en dehors des prévisions du texte, de sorte que l'on pourrait toujours y voir la violation d'une garantie de fond privant le licenciement de cause réelle et sérieuse. Dans le second cas de figure, la consultation exigée aurait bien été faite, mais une irrégularité aurait été commise dans le déroulement de la procédure (par ex. non-respect du délai conventionnel de consultation, incomplétude du dossier transmis au salarié avant son audition, non-transmission du PV de réunion, etc.). Il est clair que dans ce cas le juge devrait faire application de la sanction prévue par l'article L 1235-2.**

Est-ce à dire que l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement ne serait plus du tout envisageable ? Il nous semble qu'en adoptant la présente solution, la Cour de cassation ouvre au contraire une brèche : si en principe les irrégularités commises au cours de la procédure sont sanctionnées par le versement de l'indemnité plafonnée d'un mois de salaire, elles pourraient être assimilées à la violation d'une garantie de fond, et donc rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse, lorsqu'elles priveraient le salarié de droits de sa défense ou lorsqu'elles seraient susceptibles

⁴ A. Fabre, « Procédure conventionnelle de licenciement et violation d'une garantie de fond : reculer pour mieux sauter ? », *RDT* 2021, p. 642.

d'avoir exercé une influence sur la décision finale de licenciement par l'employeur. On imagine que certains ne manqueraient pas alors de dénoncer cette jurisprudence contra-legem. Pour écarter cette critique, la Cour de cassation pourrait décider d'utiliser une fois encore les ressources de l'interprétation conforme, en faisant valoir que la nouvelle disposition de l'article L. 1235-2 du Code du travail est, en l'état, contraire à l'article 7 de la Convention n° 158 de l'OIT, et que le seul moyen de rendre le droit national conforme consisterait précisément à consacrer la double exception prévue dans l'arrêt. Si la Cour de cassation devait finalement s'orienter dans cette direction, il lui faudrait sans doute faire de même à l'égard de la procédure exigée par la loi. Encore que. Cela ne fait-il pas plus de 20 ans qu'elle sanctionne certaines protections conventionnelles plus durement que celles prévues par la loi ? »

Au cas présent, l'arrêt rappelle, d'abord, que l'irrégularité commise dans le déroulement de la procédure disciplinaire prévue par une disposition conventionnelle et en l'occurrence dans la consultation du conseil de discipline avait pour effet de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse lorsqu'elle privait le salarié de droits de sa défense ou lorsqu'elle était susceptible d'avoir exercé une influence sur la décision finale de l'employeur (arrêt p. 5 § 4 et 5). Il constate, ensuite, qu'en vue de son passage devant ce conseil, le salarié et ses membres n'avaient pas été rendus destinataires du rapport de l'audit interne (arrêt p. 5 § 6) et relève, par motifs propres, qu'ils disposaient d'une synthèse établie par l'employeur « *reprenant l'ensemble des éléments rapportés par les auditeurs dans le rapport* » (arrêt p. 5 avant-dernier §). Il retient encore que le compte-rendu de la commission de discipline établissait que chaque personne présente avait pu discuter des faits reprochés, lesquels étaient suffisamment précisés pour permettre une véritable discussion, comme en atteste la mention du nom de chaque participant, en ce compris celui du salarié et du représentant du personnel qui l'assistait (arrêt p. 6 § 2). Il en conclut que le défaut de communication de l'entier rapport d'audit lors de son passage devant la commission de discipline, que le salarié n'établissait pas avoir sollicité en amont, n'avait pas eu pour effet de le priver de droits de sa défense et n'était pas de nature à avoir une influence sur la décision finale de l'employeur (arrêt p. 6 § 3 et 4).

Dans la première branche, le mémoire ampliatif fait valoir que, dès lors qu'elle avait relevé que le rapport d'audit sur le fondement duquel l'employeur avait engagé la procédure disciplinaire n'avait pas été communiqué aux membres du conseil de discipline et au salarié, la cour d'appel devait en déduire que ce dernier avait été privé de la possibilité d'assurer utilement sa défense. Il ajoute que, nonobstant la délivrance d'une note de synthèse, le salarié et le conseil de discipline n'avaient ainsi pu discuter ni des modalités de traçage des connexions et des appels, ni de la temporalité et de la fréquence exacte de ces connexions, qu'il contestait fermement.

Dans la deuxième branche, il soutient que c'est manifestement par des motifs inopérants que la cour d'appel a retenu que « *la mention du nom de chaque participant, en ce compris celui du salarié et du représentant du personnel qu'il assistait, dans ce compte-rendu* » permettait de tenir pour acquis le fait « *qu'en dépit du défaut effectif de communication par l'employeur du rapport d'audit, en sa version originale, chaque personne, présente à cette commission, a pu discuter des faits qui étaient reprochés au salarié, suffisamment précisés pour permettre l'engagement d'une véritable discussion* ».

Dans la troisième branche, il fait valoir que la synthèse établie par l'employeur reprenant l'ensemble des éléments rapportés par les auditeurs dans le rapport, à

savoir essentiellement d'avoir consulté abusivement les comptes d'une cliente et d'avoir utilisé abusivement son téléphone portable professionnel pour l'appeler, ne précisait pas que la cliente en question était, à l'époque des faits reprochés, sa compagne dans la vie privée. Il soutient que ce fait était de nature à exercer une influence sur la décision du conseil de discipline, puisque deux seulement de ses quatre membres s'étaient prononcés en faveur d'un licenciement, et, partant, sur celle de l'employeur.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de ce moyen.

Sur le troisième moyen

La chambre sociale jugeait, aux termes d'une jurisprudence ancienne, que le non-respect des règles de procédure entraînait nécessairement un préjudice (Soc., 23 octobre 1991, pourvois n° 88-42.507 et n° 88-43.235, Bull. 1991, V, n° 428 et 429).

Dans une série d'arrêts, la chambre sociale a abandonné la théorie du « *préjudice nécessaire* » pour retenir que l'existence et la preuve du préjudice relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond :

Soc., 13 avril 2016, pourvoi n° 14-28.293, Bull. 2016, V, n° 72 :

« Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que le salarié n'apportait aucun élément pour justifier le préjudice allégué, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-21.794, Bull. 2016, V, n° 167 :

« Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel, ayant constaté que le salarié n'avait subi aucun préjudice résultant du défaut de délivrance des documents de fin de contrat, le moyen ne peut être accueilli ».

Soc., 26 février 2020, pourvois n° 17-18.136, 17-18.137 et 17-18.139 :

*« Mais attendu que si c'est à tort que la cour d'appel, par motifs adoptés, a retenu que l'employeur n'avait pas ignoré le critère des qualités professionnelles en l'affectant d'un nombre de points identique pour chaque salarié non cadre, **les arrêts n'encourent néanmoins pas la censure dès lors que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond** ; que la cour d'appel, qui a constaté que les salariés n'apportaient aucun élément pour justifier le préjudice allégué du fait de l'inobservation des règles relatives à l'ordre des licenciements, a, par ces seuls motifs, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deux premières branches, légalement justifié sa décision ».*

Notre chambre juge désormais que l'existence d'un préjudice résultant du non-respect de la procédure de licenciement et l'évaluation qui en est faite relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-13.578, Bull. 2017, V, n° 136) :

« Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure de licenciement, alors, selon le moyen, que toute irrégularité de la procédure de licenciement entraîne pour le salarié un préjudice que l'employeur doit réparer et qu'il appartient au juge d'évaluer ; qu'en considérant que le salarié n'était pas fondé à solliciter le paiement d'une indemnité au titre du non-respect de la procédure de licenciement, la cour d'appel a violé l'article L. 1232-5 du code du travail ;

Mais attendu que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; que la cour d'appel a estimé que le salarié ne justifiait d'aucun préjudice résultant du non-respect de la procédure de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé ».

Au cas présent, l'arrêt retient que, dès lors qu'il n'a pas été privé de droits de sa défense devant la commission de discipline, bien que l'employeur n'ait pas communiqué le rapport d'audit, sur son support manuscrit, mais que le document transmis à la commission de discipline a permis une véritable discussion des griefs formés à son encontre, le salarié prétend vainement au bénéfice de dommages-intérêts sur le fondement d'une irrégularité de la procédure.

Le mémoire ampliatif soutient que la privation des droits de la défense est un critère servant à déterminer si l'irrégularité commise constitue la violation d'une garantie de fond, ou non, ce qui a pour effet le cas échéant de priver le licenciement de cause réelle et sérieuse. Il ajoute que l'indemnité prévue par l'article L. 1235-2 du code du travail est précisément allouée lorsque le licenciement est fondé sur une cause réelle et sérieuse de sorte qu'elle ne peut être octroyée au salarié que s'il n'a pas été privé de ses droits de la défense car, dans le cas contraire, il bénéficierait d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et non pour irrégularité de la procédure. Il fait valoir qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher si l'irrégularité de la procédure constatée, résultant de communication du dossier au salarié et aux membres du conseil de discipline au moins huit jours à l'avance, n'avait pas causé au salarié un préjudice, par définition autre que celui né de cette privation.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de cette branche.